

ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – UM REFORÇO À INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL

Antonio Henrique de Almeida Santos*

RESUMO: Este trabalho tem por objeto de estudo a interpretação do disposto no artigo 52, X da Constituição Federal. A relevância do tema revela-se tanto no campo teórico quanto no pragmático. Parte-se da discussão inaugurada com os votos dos Ministros Gilmar Mendes – relator – e Eros Grau, proferidos em sede da Reclamação 4335-5/AC, cujo conteúdo tem o condão de modificar o entendimento solidificado na doutrina e jurisprudência, no sentido de entender doravante como desnecessário ato do Senado Federal para o fim de conferir efeito *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal exarada através do controle difuso de constitucionalidade. A apreciação da ocorrência ou não do fenômeno da mutação constitucional via interpretação constitucional entremostra a importância teórica do estudo do tema. O presente estudo, nesse aspecto, contribui com uma revisão parcial da doutrina acerca do tema, além de apresentar uma apreciação crítica particular a respeito de alguns aspectos relevantes. De importância prática também, considerando o fato de que a questão ainda se encontra em aberto, no aguardo da conclusão do julgamento da supracitada reclamação.

PALAVRAS-CHAVE: Reclamação 4335-5/AC. Interpretação constitucional. Controle de constitucionalidade. Mutação constitucional.

1. INTRODUÇÃO

O equilíbrio entre os poderes estatais parece ser um desejo nunca totalmente realizado. Se é possível afirmar uma evolução na história do mundo e, particularmente, na do Brasil é igualmente certo perceber a atualidade da tensão entre os poderes. Esse conflito ora esmorece, ora

* Especialista em Direito Processual pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB), graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), Professor do curso de graduação em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (Fanese), Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

exacerba-se a depender de diversos fatores de cunho político, social, econômico. Em uma decisão específica acerca de um assunto que de início não teria o condão de influenciar relevantemente essas tensões, inicia-se um questionamento passível de modificar completamente todo o entendimento doutrinário/jurisprudencial até então desenvolvido no que pertine ao controle jurisdicional da constitucionalidade das normas e, por via indireta e de consequência, acirrar os conflitos existentes entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, dada à direta influência a exercer sobre o princípio da separação dos poderes.

Com efeito, a Reclamação 4335-5, em curso no Supremo Tribunal Federal objetiva impor a autoridade de um julgado do STF ao juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco/AC, julgado esse proferido em sede de *habeas corpus* em decisão final através do controle difuso de constitucionalidade. Com o processo surge discussão até então inexistente acerca da interpretação a ser dada ao artigo 52, inciso X da Constituição Federal. A depender o rumo a ser seguido, manter-se-á o entendimento amplamente dominante acerca dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso, no sentido de somente após ato do Senado conferir-se efeitos para todos; ou modificar-se-á esse entendimento para a ideia que também por essa via de controle os efeitos sejam automaticamente *erga omnes*.

O presente artigo inicia com uma breve análise das decisões proferidas na aludida reclamação que inovam na interpretação do artigo, apresentando suma dos argumentos utilizados pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, autores dos votos novidadeiros, utilizando-os como ponto de partida para discussão a respeito da melhor interpretação a ser dada ao dispositivo constitucional objeto do estudo.

Faz-se em seguida uma apresentação dos sistemas de controle de constitucionalidade na experiência estrangeira e o sistema utilizado no Brasil à luz da doutrina dominante.

Em seguida, introduzem-se alguns aspectos pertinentes à mutação constitucional, ressaltando-se suas características principais, limites e dando-se especial atenção à mutação constitucional realizada por meio da interpretação constitucional.

Na parte principal do trabalho, faz-se uma revisão dos textos doutrinários escritos até então acerca do tema, a partir dos votos proferidos na reclamação, apresentando-se as principais críticas de alguns autores, bem como uma reflexão própria a respeito de aspectos

julgados importantes e pouco estudados nos trabalhos referidos.

Por fim, apresenta-se uma conclusão com abordagem crítica, de viés preponderantemente jurídico, todavia com alguma apreciação de ordem sociológica.

2. A RECLAMAÇÃO 4335-5/AC DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – A ORIGEM DA DISCUSSÃO

Está ainda em andamento no Supremo Tribunal Federal – STF a Reclamação 4335-5/AC, distribuída em 04/05/2006, cujo objetivo é garantir o cumprimento de decisão da Corte que, em sede de *habeas corpus*¹, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei 8.072/90, referente à impossibilidade de progressão do regime do cumprimento de pena nos crimes chamados hediondos. Com os votos já proferidos pelo relator, Ministro Gilmar Mendes e pelo Ministro Eros Grau, estabeleceu-se uma polêmica acerca do alcance e aplicação de decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade de lei, uma vez que referidos votos trazem interpretação nova acerca do quanto disposto no artigo 52, X da Constituição Federal.

Em seus votos, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau decidiram por conferir eficácia *erga omnes* à decisão prolatada no supra mencionado *habeas corpus*, modificando, dessa forma, o entendimento consolidado na Corte.

Ilustra-se, por oportuno, parte de ambos os votos:

Com efeito, verifica-se que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeita a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990. (MENDES, 2007, p.65).

E ainda:

A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteração do entendimento adotado pelo

Relator, no sentido de que ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto – voto dele, Relator – e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional. (GRAU, p.19)

Como se pode observar, o entendimento dos ministros, explicitado em seus votos, foi no sentido da ocorrência de verdadeira mutação constitucional com referência ao mencionado artigo 52, X da Constituição Federal. Se antes se compreendia a necessidade de ato do Senado para, suspendendo a execução da lei declarada definitivamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conferir a essa decisão a eficácia para todos; agora se pretende, com nova inteligência dada ao dispositivo, imprimir uma outra conformação no sentido diametralmente oposto. À luz desse novo entendimento, o ato do Senado serviria tão somente para dar publicidade à decisão do STF que já carregaria consigo a força e eficácia oponível contra todos. A vinculação de todos seria, nesse passo, qualidade necessária, intrínseca à decisão declaratória de inconstitucionalidade, não importando o mecanismo jurídico/processual utilizado para essa declaração. Quer através do controle concentrado, quer pelo controle difuso de constitucionalidade, o efeito vinculante a todos seria alcançado.

Considerando que o objetivo desse trabalho é o de contribuir para uma interpretação e aplicação do disposto no artigo 52, X da Constituição Federal e que, como explicitado no título do presente capítulo, tem-se a discussão levantada com a Reclamação 4335-5 apenas como ponto de partida para esse desiderato, não se pretende aqui apresentar e discutir pormenorizadamente o conteúdo dos votos dos ministros. Não obstante, entende-se relevante referir-se sucintamente aos fundamentos das decisões.

Em apertada suma, os senhores ministros compactuam com o entendimento de que se deve operar uma mutação constitucional

em relação ao dispositivo em razão da inutilidade e obsolescência da interpretação até então majoritária. Asseveram que a função do Senado Federal seria publicizar as decisões do STF. O Ministro Mendes rebate o fundamento de que esse novo entendimento iria de encontro ao princípio da separação de poderes, ao argumento de que no controle concentrado, em uma ação direta de inconstitucionalidade, não se discute tal quebrantamento de princípio, mesmo diante de uma liminar que suspenda um ato legislativo. Por seu turno, o Ministro Eros Grau chega a apresentar uma conceituação mais elástica do que a doutrina costuma dar à mutação constitucional², admitindo a possibilidade de substituição do próprio texto normativo pelo intérprete.

Como dito, a reclamação comentada continua em curso. Além dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau que julgaram procedente o pedido contido na reclamação, votaram o Ministro Sepúlveda Pertence pela improcedência, mas concedendo *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para o deferimento da progressão do regime prisional e os Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski que não conheceram da reclamação e igualmente concederam *habeas corpus* de ofício. Atualmente o feito encontra-se com vista para o Ministro Teori Zavascki.

3. SISTEMA DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Para uma melhor compreensão do tema, é pertinente apresentar algumas linhas a respeito do controle de constitucionalidade e, em especial, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas.

Fazer um controle de validade de uma norma é, numa palavra, aferir sua conformidade com outra norma superior. É verificar se a norma sob análise adequa-se à norma hierarquicamente mais elevada. E considerando-se a Constituição o ápice do arcabouço legislativo de um Estado, é certo que haverá sempre a possibilidade do controle de validade de qualquer norma perante a Constituição. A essa verificação de adequação de uma norma à Constituição denomina-se controle de constitucionalidade. E se é inconteste a importância da Constituição nos Estados modernos, é medida de igual importância a existência de um

sistema adequado e eficiente de controle de constitucionalidade, pois somente este efetiva e garante a supremacia da Constituição perante as demais normas jurídicas³. Até porque, só faz sentido em falar em superioridade da Constituição partindo-se da premissa da existência de mecanismos aptos a verificar essa hierarquia, aferir a validade das normas com norte nessa hierarquia e suprimir do mundo jurídico a norma não adequada e não adequável à Constituição. A isso se chama de controle de constitucionalidade.

De modo resumido, o mundo jurídico ocidental conhece três modelos básicos de controle de constitucionalidade que são, ora utilizados isoladamente em dado Estado, ora experimentados de modo combinado.

O modelo conhecido como *Judicial Review* teve sua construção doutrinária nos Estados Unidos da América e tem como certidão de nascimento a célebre decisão do juiz Marshall no caso *Marbury x Madison*, em 1803⁴, cuja doutrina de Alexander Hamilton foi crucial para a concepção e desenvolvimento do sistema⁵. A ideia básica consiste na possibilidade de o juiz, no exame de uma situação concreta, poder verificar a constitucionalidade de uma norma e, caso entenda pela desconformidade com a Constituição, afastar a aplicação da norma.

Com fundamento principal na doutrina de Kelsen⁶, elaborou-se o chamando controle concentrado de constitucionalidade, em oposição ao controle difuso do modelo norte-americano. O modelo político-jurisdicional austríaco funda-se na existência de uma corte jurisdicional específica responsável por decidir acerca do controle de constitucionalidade, através de julgamento de ações igualmente específicas.

Por fim, a doutrina reconhece ainda o modelo político francês, em que o órgão responsável por controlar a constitucionalidade normativa não faz parte do Poder Judiciário.

No Brasil foi adotado o sistema misto de controle judicial de constitucionalidade normativa, pois tanto há um órgão de cúpula do Judiciário – o Supremo Tribunal Federal – responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade, quanto esse controle pode ser feito de modo difuso por qualquer juiz ou tribunal, de forma incidental, ao julgar um caso concreto. Não há, desta forma, ações específicas para exercício dessa espécie de controle judicial, podendo ser efetivado,

em tese, em qualquer espécie de ação levada a julgamento a um órgão judiciário.

Por seu turno, o controle concentrado é exercido através de cinco espécies de ação: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (art. 102, I “a” da CR/88), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º da CR/88), Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, III da CR/88), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, §1º da CR/88) e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (art. 102, I, “a” da CR/88).

No que se refere aos efeitos do julgamento, a doutrina majoritária afirma que somente o controle concentrado gera efeito *erga omnes*, ao contrário, no que pertine ao controle difuso, conforme leciona Bernardo Gonçalves Fernandes, “os efeitos são, sem dúvida, *ex tunc* e *interpartes*, pois o que se julga é um caso concreto”⁷. Não obstante, a própria Constituição prevê mecanismos legítimos aptos a ampliar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade efetivado pelo Supremo Tribunal Federal através do controle difuso. E para que esse efeito passe a ser para todos, há duas possibilidades legais: a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do STF, feita pelo Senado Federal ou a elaboração de Súmula Vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal, observando-se os requisitos e as hipóteses previstas na Constituição⁸.

4. ALTERAÇÃO NORMATIVA VIA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A ideia de Constituição como estatuto jurídico da política potencializa a tensão existente em todo o ordenamento jurídico entre mudança e permanência das normas⁹. E mesmo sendo característica das Constituições a “vocação de permanência”¹⁰, é certo que a dinâmica da vida e a própria sucessão de gerações tenciona no sentido de evolução e atualização das normas. No que tange à Constituição, essa alteração pode ser realizada formalmente, com a modificação textual e por procedimento próprio através de emendas constitucionais ou de modo informal utilizando-se do mecanismo que a doutrina chamou de mutação constitucional.

Com efeito, Kubliskas, leciona que:

...em face da evolução dos hábitos, costumes e valores da sociedade, da dinâmica econômica, das inovações tecnológicas, das práticas políticas e da atuação dos grupos de pressão, dentre outros inúmeros fatores, as normas constitucionais sofrem alterações profundas e contínuas de sentido, significado e alcance, alterações estas operadas por mecanismos difusos, paulatinos, assistemáticos e que não ensejam a modificação da literalidade do texto dos dispositivos constitucionais.¹¹

Vê-se que o espectro de atuação do fenômeno da mutação constitucional é a realidade normada, o âmbito normativo, permanecendo a literalidade, programa normativo, sem modificação¹². Mutação constitucional é, então, o “mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto.”¹³

Diversamente do que ocorre com as emendas constitucionais, onde os legitimados para propositura e decisão, além do procedimento, são previstos no próprio texto da Constituição, no caso da mutação constitucional não há previsão legal. Vale dizer, não é a norma que define quem, como e quando se produz uma mutação constitucional. Nessa esteira, Barroso reconhece três mecanismos utilizados para atuação da mutação constitucional: a interpretação, a atuação do legislador e os costumes.¹⁴ Para o objetivo deste trabalho, considerando a decisão acima mencionada que deu origem à polêmica cuja interpretação ora se estuda, releva-se aclarar o significado do primeiro desses mecanismos.

4.1 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL REALIZADA ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO

Interpretar a Constituição importa em verificar o conteúdo normativo, aplicá-lo aos fatos postos à análise e construir a norma concreta¹⁵. Assim, modernamente entende-se o caráter concretizador da interpretação como corolário da ideia consolidada da complementaridade entre fato e norma. A norma é formulada a partir do texto e dos fatos, sendo a interpretação o mecanismo utilizado para essa formulação.

Dentre as características ínsitas à interpretação constitucional,

destaca-se, no que pertine ao tema da mutação constitucional, a especificidade semântica de predominância de normas de conteúdo aberto. Embora essa forma textual não seja exclusiva das Constituições, é certo que lá encontram profícua utilidade e é, por isso, largamente utilizada. É natural das modernas Constituições a presença de enunciados gerais, quer sejam conceitos jurídicos indeterminados, quer sejam princípios. Em ambas as espécies de enunciados normativos reside a necessidade de densificação interpretativa que importa, logicamente, em realização de escolhas fundadas em valores diversos para a adequada realização da norma no caso concreto. E essa necessária valoração, que variará de acordo com o tempo, espaço, intérprete, torna-se campo fértil para a ocorrência da mutação constitucional.

Partindo-se da premissa que só existe norma interpretada¹⁶, somente há que se falar em mutação constitucional na hipótese de modificação de uma interpretação normativa anteriormente estabelecida. Este, aliás, é um dos limites do fenômeno da mutação constitucional apontados pela doutrina. Moreira afirma nesse sentido que:

o primeiro (limite) é o de observar o significado antigo atribuído à norma constitucional, isto é, não ignorá-lo ou desconhecê-lo e interpretar que aquele significando já não mais condiz com os pressupostos constitucionais e/ou fáticos do contexto constitucional contemporâneo.¹⁷

Ainda acerca dos limites da mutação constitucional, a doutrina aponta as possibilidades semânticas do texto¹⁸. Com efeito, nenhuma mutação será legítima afirmando que um texto diz o que ele não diz, ou que não diz o que de fato diz. A não contrariedade aos princípios e fundamentos da Constituição é outro limite à mutação constitucional.

É, pois, a modificação do significado da norma tendo como paradigma um significado anteriormente conferido a ela, significado esse que possa ser extraído do texto sem contrariedade ao conteúdo semântico dele e que esteja em consonância com os princípios constitucionais, que caracteriza a mutação constitucional pela via interpretativa¹⁹.

A contrário senso, sobreleva-se afirmar que nenhuma modificação de significado normativo que não caiba no texto e/ou que agrida a princípios constitucionais pode ser admitido como mutação constitucional. Ocorre

aí o que a doutrina denomina de mutação inconstitucional e, como é evidente, não se pode ter como interpretação válida da Constituição.

Demais disso, em monografia sobre o tema, Kubliskas aponta diversas situações passíveis de ocorrência da mutação constitucional, nem sempre no sentido exato do acima enunciado:

(a) há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se lhe assim a abrangência, para que passe a alcançar novas realidades; (b) se imprime um sentido determinado e concreto ao texto constitucional; (c) se modifica interpretação anterior ou se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional (*overruling*); (d) há uma adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento de elaboração da Constituição; (e) há a adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação; (f) se preenchem, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional e etc (sic).²⁰

A mutação constitucional via interpretativa realizada pelos organismos públicos autorizados constitucionalmente a aplicar as normas constitucionais é chamada de orgânica²¹, de modo que é essa espécie de mutação constitucional a efetivada pelo Poder Judiciário e, de modo especial, pelo Supremo Tribunal Federal.

5. O ARTIGO 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – UMA RENOVADA INTERPRETAÇÃO TRADICIONAL

Desde meados de 2007; após o voto do Relator Gilmar Mendes na Reclamação 4335-5/AC, seguido pelo voto do Ministro Eros Grau, no mesmo sentido, entendendo ter ocorrido mutação constitucional em relação ao disposto no inciso X, do artigo 52 da Constituição, dando-se-lhe um significado diverso do anteriormente consolidado, equiparando, desta forma, o alcance dos efeitos do controle de constitucionalidade concentrado e difuso, desde que através deste haja decisão final do Supremo Tribunal Federal; diversos trabalhos foram elaborados acerca do tema. Com efeito, a substancial importância dos rumos a serem

dados ao sistema de controle de constitucionalidade no Brasil a partir de uma possível modificação de paradigma interpretativo, pretendendo-se fixar a tese “abstrativização do controle difuso”²², ensejou o interesse de vários estudiosos a respeito do assunto, redundando na publicação de textos científicos avulsos, bem como no comentário a respeito em trabalhos mais genéricos e abrangentes. A bibliografia consultada para elaboração deste artigo, embora sem esgotar as fontes de estudo, dá uma ideia do que já fora escrito até então.

Não obstante, afigura-se ainda relevante a manutenção do assunto em pauta, quer, repita-se, pela importância pragmática e teórica do tema, quer pelo fato de o processo ainda estar em andamento, quer pela intenção de discutir ainda alguma abordagem que talvez não tenha sido tão explorada em outros escritos.

De qualquer sorte, insta apresentar de início os argumentos de outros autores sobre a questão.

A primeira e contundente oposição ao entendimento apresentado pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau diz respeito à possibilidade semântica dessa nova interpretação. Como visto, a doutrina ensina que a mutação só pode ser qualificada de constitucional se a interpretação contra-paradigmática puder ser extraída do texto da norma. Além disso, o próprio conceito de mutação constitucional importa em compreender uma nova significação normativa sem modificação textual. No caso sob exame o artigo 52, X da Constituição Federal dispõe textualmente que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Vê-se que não se afigura razoável a significação cujos votos pretendem dar ao texto, em sentido da desnecessidade de ato do Senado para que a norma declarada inconstitucional tenha efeito *erga omnes*, considerando-se que o dispositivo expressamente afirma o contrário. Não se olvidando que é próprio da interpretação constitucional a maximização da realização de seus dispositivos, não é correto reduzir a mero ato de publicização uma dicção normativa que prescreve que o ato do Senado tem o condão de suspender a norma declarada inconstitucional em última instância. É evidente que os poderes públicos possuem seus instrumentos de publicidade aptos a este desiderato. Em suma, não se encaixa nas possibilidades semânticas do texto a interpretação pretendida.

Neste sentido é também a opinião de Fernandes²³ quando, comentando os votos mencionados, afirma que “o que ocorre, na verdade, é uma afronta ao texto legal, com uma “pretensa” manipulação da Constituição, pois os ministros estão mudando o texto constitucional e não reinterpretando...”. Esse igualmente é o entendimento de Streck, Cattoni de Oliveira e Barreto Lima²⁴ que, em crítica ao posicionamento dos ministros questionam se “[a] interpretação da Constituição pode levar ao que o STF produza (novos) textos, isto é, interpretações que, levadas aos limites, façam soçobrar os limites semânticos do texto...” Os autores, inclusive demonstram a ocorrência de contradição no voto do Ministro Eros Grau, quando de início reconhece que o voto do Ministro Gilmar Mendes propõe a substituição de um texto por outro, chamando essa possibilidade de mutação constitucional, todavia posteriormente assevera ser mutação constitucional uma transformação de significado normativo sem que se altere sua redação.

Outro ponto relevante, e de igual modo evidenciado em trabalhos anteriores, é a necessária discussão a respeito dos limites da atuação dos poderes constituídos. Nessa esteira, da leitura dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, percebe-se uma fundamentação de nítido viés voluntarista, onde os alicerces da mudança paradigmática pretendida são lançados com base em afirmações de obsolescência, inadequação, inoportunidade da interpretação até então vigente. A rigor, por mais que se tente ancorar o discurso em posicionamentos de reconhecidos doutrinadores, não se consegue perceber lastro jurídico/científico suficiente a sustentar a tese. Ao contrário disso, o que sobressai é a vontade dos julgadores em fazer valer esse discurso tão somente razão da posição que ocupam. Uma passagem do voto do Ministro Eros Grau é emblemática dessa ideia, que, segundo Streck, Cattoni de Oliveira e Barreto Lima²⁵, contraria a própria história do ministro como doutrinador. Ei-la: “o discurso da doutrina [=discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito, Ele nos seguirá; não o inverso.” (Grau, p.14)

Parece indefensável a tese de modificação não do significado, mas do próprio texto constitucional pelo Poder Judiciário, sob pena de séria e perigosa quebra do princípio da separação dos poderes, mais ainda quando o fundamento para essa tentativa são razões que se encaixam em juízos de conveniência e oportunidade e não em adequação ao direito.

Sobre aspecto diverso, a doutrina ainda tem referido a possibilidade de edição de súmula vinculante caso o Supremo Tribunal Federal pretenda dar efeito para todos às decisões definitivas prolatadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, desde que, evidentemente, preenchidos os requisitos previstos na Constituição. Vê-se que é mais um forte argumento a sedimentar o tradicional entendimento acerca do tema, uma vez que nem toda decisão definitiva pode ser sumulada com efeito vinculativo, senão aquela que se enquadre no disposto do artigo 103-A da Constituição Federal. Nesse diapasão, tem-se que “uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula (que tem efeito vinculante – e, aqui, registre-se, falar em “equiparar” o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar em efeito vinculante).”²⁶

Importante aspecto acerca do tema que fora pouco estudado nos trabalhos apresentados sobre a questão, é a obrigação ou não de o Senado exarar o ato de suspensão da lei declarada definitivamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Dos textos estudados que versaram sobre a questão, somente no de Streck, Cattoni de Oliveira e Barreto Lima foi feita referência ao assunto, mesmo assim de forma tangencial, sem imprimir a necessária reflexão. Sem embargo de os argumentos já fartamente apresentados serem suficientes para manter o entendimento tradicional a respeito do ora estudado dispositivo constitucional, é de se ressaltar a crucial relevância para amalgamar este significado o aprofundamento acerca da obrigatoriedade ou não do ato senatorial.

Esta importância descortina-se através da observância da necessidade tanto do respeito que se deve ter ao Poder Constituinte quanto ao princípio da separação dos poderes.

É que a constatação de que não é dada ao Poder Judiciário a possibilidade de inobservar as normas postas legitimamente pelo Poder Constituinte é reforçada com a aferição dos fins da norma, inteligência esta que vai para além do conteúdo semântico do texto. Vale dizer, se a só inobservância do conteúdo semântico do texto da Constituição já é suficiente para infirmar qualquer interpretação que lhe seja contrário, mais ainda o é uma interpretação que contrarie a finalidade da norma. Daí a premência em se aferir se o ato é discricionário ou não.

Por outro canto, a constatação da discricionariedade do ato reforça a

tese de lesão ao princípio da separação dos poderes em caso de entender pela desimportância deste ato.

Fernandes, como boa parte da doutrina pátria, afirma que o “Senado terá a discricionariedade para suspender a Lei declarada inconstitucional em controle difuso.”²⁷ E parece ser esse o caminho mais adequado. Difícil encontrar fundamento razoável para entender como não discricionárias as competências das Casas Legislativas. No que toca ao dispositivo particularmente estudado, além da tipicidade da função atribuída ao Senado que já delinea por si só a existência de elevado grau de discricionariedade, atributo inerente ao exercício do poder político; a própria previsão constitucional de dois modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis advoga em favor dessa tese. Não fosse essa a interpretação a ser dada, afigurar-se-ia, de fato, de pouca relevância a dicção do inciso X do artigo 52. Ocorre que não se pode interpretar uma norma constitucional senão à luz de princípios como o da efetividade e da unidade da Constituição. E nesse caminho é que a afirmação de que o ato do Senado que suspende a execução da lei inconstitucional é discricionário aponta para a efetividade da norma, porquanto se dá a ela, a norma, uma necessária utilidade prática; bem como para uma interpretação da Constituição coesa de modo a lhe confirmar o caráter de unidade, conferindo, dessa forma, igualmente efetividade ao sistema misto de controle de constitucionalidade querido pelo legislador constituinte.

Não se olvide, outrossim, que a discricionariedade do Senado limita-se a aferir a conveniência e oportunidade de, suspendendo a norma declarada inconstitucional, dar efeito para todos. Não há e não poderia haver qualquer discricionariedade ou mesmo sindicabilidade do Senado quanto à decisão do Supremo em declarar a inconstitucionalidade da norma.

6. CONCLUSÃO

O espaço a ser ocupado no Brasil pelos poderes estatais parece ainda estar em vias de especificação/construção. Se não se pode afirmar que as instituições públicas, incluídos os órgãos de poder, sejam novas, considerando uma história de pouco mais de quinhentos anos, não é equívoco asseverar que do ponto de vista da realização de um

Estado Democrático de Direito há ainda muito a ser feito, aprendido, concretizado. E nessa estrada de linearidade improvável, é razoável o enfrentamento entre as forças políticas e sociais que compõem a sociedade e desejável o aprendizado inexoravelmente decorrente desse embate. No plano do respeito à Constituição surgem questões relevantes que dizem com a judicialização da política, ativismo judicial e equilíbrio de poderes, questões postas há muito, mas que estão longe, ao que parece, de serem totalmente resolvidas. Se de um lado o Poder Judiciário tem relevante parcela de responsabilidade na criação e intensificação dessas tensões, decidindo nitidamente com base voluntarista, com ralo alicerce argumentativo constitucional, firmando posições que extrapolam sua missão constitucional, há igualmente responsabilidade do poder político (Legislativo e Executivo) quando insistem em judicializar questões de cunho eminentemente político. A lição Leonardo Avritzer ilustra cabalmente esse pensamento:

Há, no entanto, um segundo aspecto do processo recente de judicialização que ... precisa ser examinado com mais cautela: trata-se da expansão do poder dos juízes para além do campo constitucional, em detrimento dos políticos e dos administradores. É possível ver essa dimensão em forte expansão no Brasil hoje, seja por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal, seja por conta de decisões em outras instâncias do Poder Judiciário... Esse aumento se articula com uma má utilização do artigo 103 da Constituição, especialmente pelos partidos políticos, que têm levado discussões tipicamente congressuais para o âmbito do Poder Judiciário. A judicialização da relação entre o Legislativo e a opinião pública tem como origem o abuso na utilização de ADIs pelos partidos políticos... O importante em relação às ADIs movidas por partidos políticos é que elas frequentemente são extintas por perda de objeto e constituem frequentemente apenas parte da estratégia midiática dos partidos de oposição.²⁸

Embora não seja o objeto principal do presente trabalho a apreciação

desses fenômenos, típicos de uma sociedade constitucionalizada, não se pode deixar de perceber a importância da influência desses conflitos na fenomenologia típica do estudo do Direito Constitucional, como a mutação constitucional e interpretação constitucional.

No que pertine concretamente ao presente trabalho, insta concluir que os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau proferidos na Reclamação 4335-5/AC não se conduziram conforme os ensinamentos doutrinários acerca dos temas da interpretação constitucional e mutação constitucional, de modo que construíram, à guisa de mutação constitucional, uma norma que não encontra base no texto constitucional. Ao contrário da pretensão expressada nos aludidos votos, afigura-se mais coerente com o texto e com o conjunto principiológico estampado na Constituição, a manutenção da interpretação tradicional dada ao conteúdo do artigo 52, X da Constituição.

ARTICLE 52, X, OF THE FEDERAL CONSTITUTION - A REINFORCEMENT THE TRADITIONAL INTERPRETATION

ABSTRACT: This work is related to the partial evaluation of discipline General Theory of Constitutional Law, the program graduate in Law from the Universidade Federal de Sergipe - UFS and object of study is the interpretation of Article 52, X of the Constitution. The relevance is revealed both in theory and in pragmatic. Part of the discussion was opened with the votes of Ministers Gilmar Mendes - relater - and Eros Grau, cast at the headquarters of the complaint 4335-5/AC whose content has the ability to modify our understanding solidified the doctrine and jurisprudence, in order to understand hereafter as unnecessary act of the Senate for the purpose of giving effect *erga omnes* the decision of the Supreme Court drawn up and through the diffuse control of constitutionality. The assessment of the presence or absence of the phenomenon of constitutional mutation via constitutional interpretation demonstrate the theoretical importance of the study of the subject. The present study in this regard contribute a partial revision of the doctrine on the subject, and present a critical assessment particularly regarding some relevant aspects. Also of practical importance, considering the fact that the question is still open, pending the conclusion of the trial of the above claim.

KEYWORDS: Complaint 4335-5/AC. Constitutional Interpretation. Judicial Review. Constitutional mutation.

Notas

¹ HC. 82959/SP.

² Para a doutrina dominante ocorre o fenômeno da mutação constitucional quando se transforma o sentido e alcance do conteúdo normativo da Constituição sem que haja modificação no texto. É exatamente essa a característica principal desse mecanismo informal de alteração normativa. É o que diferencia a mutação da emenda ou revisão constitucional.

³ Cf. Marcelo Lamy. *Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. P. 2.

⁴ Cf. Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. P. 42.

⁵ Cf. Marcelo Lamy. *Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. P. 11.

⁶ Cf. Marcelo Lamy. *Sistema Brasileiro de Controle de constitucionalidade*. P. 14.

⁷ Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. P. 1095.

⁸ Cf. Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. P. 1095/1097.

⁹ Cf. Wellington Márcio Kubliskas. *Emendas e mutações constitucionais*. p. 29.

¹⁰ Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 145.

¹¹ Wellington Márcio Kubliskas. *Emendas e mutações constitucionais*. p. 68.

¹² Cf. Wellington Márcio Kubliskas. *Emendas e mutações constitucionais*. p. 72.

¹³ Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 146.

¹⁴ Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 151/158.

¹⁵ Cf. Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 103.

¹⁶ Cf. Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 153.

¹⁷ Eduardo Ribeiro Moreira. *Teoria da reforma constitucional*. p. 94.

¹⁸ Cf. Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 150.

¹⁹ Barroso (2011) aponta exemplo interessante de mutação constitucional pela via da interpretação judicial. Refere-se ao critério da fixação de competência por prerrogativa de função previsto no artigo 102, I, b da Constituição, cujo entendimento sumulado do STF era no sentido de permanência da competência mesmo após o agente público ter deixado o cargo ou função pública. Posteriormente esse entendimento fora modificado no sentido de que a competência especial só existe enquanto o agente estiver na titularidade do cargo ou exercício da função pública.

²⁰ Wellington Márcio Kubliskas. *Emendas e mutações constitucionais*. p. 119/120.

²¹ Cf. Wellington Márcio Kubliskas. *Emendas e mutações constitucionais*. p. 120.

²² Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. p. 1101.

²³ Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. p. 1101.

²⁴ Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. p. 23.

²⁵ Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. p. 25.

²⁶ Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. p. 10.

²⁷ Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. p. 1096.

²⁸ Leonardo Avritzer. *Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil*. In *Dimensões Políticas da Justiça*. p. 218.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 3. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

AVRITZER, Leonardo. *Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil*. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez e STARLING, Heloísa (Org) *Dimensões políticas da justiça*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

GRAU, Eros Roberto. <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acesso em 10/06/2013, às 10h20

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da reforma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Voto proferido na reclamação 4335-5. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf. Acesso em 10/06/2013, às 10h20

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e*

limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=60&Itemid=40. Acesso em 11/06/2013, às 10h05.